

EN TORNO AL DERECHO A LA PROTECCION JUDICIAL

DEMIÁN ZAYAT

I. La protección judicial

En las sociedades modernas, los individuos no pueden resolver sus conflictos por mano propia. Está abolida la venganza privada, y el estado asume la obligación de administrar justicia; con ese fin otorga al particular el derecho de requerir la intervención estatal para el esclarecimiento o la protección de sus derechos. Frente a la “acción” del individuo, se pone en marcha la Función Judicial por medio de la jurisdicción: “potestad conferida a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que le sean sometidas, y hacer cumplir sus propias resoluciones”. En definitiva, el deber de administrar justicia y la correspondiente función jurisdiccional, tienen como correlativo el derecho de los individuos, a pedir y provocar la administración de justicia (1).

El derecho a la protección judicial es un Derecho Humano reconocido por todos los tratados y convenciones internacionales sobre la materia. Es un derecho esencial en todo sistema democrático, con un Poder Judicial que controle a los otros dos poderes. De no estar expresamente establecido en nuestra constitución, se podría desprender del art. 1 (*forma representativa, republicana y federal de gobierno*) y del art. 33 (*derechos implícitos que nacen de la soberanía del pueblo y del sistema republicano de gobierno*). La tutela judicial es un mecanismo tan básico de defensa de los derechos individuales, que sería impensable un sistema político republicano que no lo tuviera en cuenta. Este mecanismo permite acceder a la justicia en caso de una violación a derechos y garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico. Se puede decir que es el derecho fundamental del sistema, sin el cual todos los otros derechos humanos quedarían sin reparar en caso de una violación, siendo simplemente una expresión de deseos, y no verdaderos derechos. Es, sencillamente, la garantía de un tribunal de justicia imparcial que

(1) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “El derecho a la jurisdicción en la Argentina”. ED 11-955.

ponga fin a una situación lesiva de un derecho subjetivo. Constituye, a su vez, un derecho humano e inalienable.

Todas las normas referidas a la temática son claras al diferenciar la defensa en juicio en general y la defensa de los derechos y libertades fundamentales, en particular. Para los primeros establece el libre acceso a los tribunales, garantizado por un debido proceso adjetivo, y para los segundos establece la existencia de un recurso especial, sencillo, breve, efectivo y rápido ante los tribunales competentes. De este modo tenemos que el derecho a la protección judicial tiene un doble sistema de garantías: el acceso a la justicia y el recurso de amparo.

II. El acceso a la justicia

La defensa en juicio no sólo abarca la posibilidad de “defenderse” como demandado en un juicio, sino también el derecho a “defender” jurisdiccionalmente un derecho lesionado. Como señalamos anteriormente, este derecho en sentido general es una consecuencia de un gobierno democrático y republicano, que mantiene una división de poderes y un estado de derecho. De este modo, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *“El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el estado de Derecho, constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”* (2). Queda claro que la defensa en juicio y el acceso a la justicia son presupuestos básicos para cualquier ordenamiento jurídico en un estado de derecho, republicano y democrático.

En nuestra Constitución, la garantía de defensa en juicio surge explícitamente del art. 18. Igualmente, puede desprenderse del art. 33 y del 1 (3), ya que, como dijimos, es un elemento necesario

(2) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30/1/87, “El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías”, considerando 26.

(3) Art. 18 CN: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”*.

Art. 33 CN: *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumera-*

del sistema republicano de gobierno. Por esto, está implícito en toda la estructura de la Constitución. ¿Para qué querríamos un Poder Judicial, si no pudiéramos acceder a la Justicia? Toda la sección tercera de la segunda parte garantiza esta tutela.

Asimismo, un derecho inferido de la defensa en juicio es el debido proceso. El derecho al debido proceso sistematiza las garantías mínimas que debe cumplir el proceso judicial. Los códigos de procedimiento —que son materia de forma reservada a las provincias y a la Ciudad autónoma de Buenos Aires— establecen el procedimiento judicial respetando el debido proceso. De no hacerlo, debería ser reputado inconstitucional. La Constitución tiene fuerza normativa propia, y su aplicabilidad no depende de la recepción legislativa (4). El art. 18 especifica algunas garantías procesales, sin embargo es la remisión a los tratados internacionales del art. 75 inc. 22 la que incluye la mayor parte de ellas. Así encontramos una amplia enumeración en el art. 8 de la Convención Americana, en los arts. XXV y XXVI de la Declaración Americana, en los arts. 9, 10 y 11 de la Declaración Universal y en los arts. 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III. Imposibilidad de acceder a la justicia

El acceso a la justicia es un derecho tan básico que sobre él reposa la paz. Si no existiese sería imposible la vida civilizada en sociedad, se consagraría la ley de la selva, la justicia por mano propia, la venganza, la corrupción, el descreimiento, la falta de fe, la desesperanza, etc. (5). Por esto mantenemos que es un derecho inherente a la persona, de igual rango que los derechos no enumerados del art. 33 CN (6). Sin embargo, para tener una visión completa del asunto, no podemos decir que en la práctica, el acceso a la

dos; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Art. 1 CN: *“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.*

(4) BIDART CAMPOS, GERMÁN. *“La fuerza normativa de la Constitución”*, en “El amparo Constitucional, perspectivas y modalidades”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

(5) GORDILLO, AGUSTÍN, *“Derechos Humanos”*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As, 1997 (www.gordillo.com), Pág VII-11.

(6) Para una discusión acerca de cuál es el rango de los derechos implícitos, ver SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *“Elementos de Derecho Constitucional”*, 2 ed., Tomo II, pág. 245. Ed. Astrea.

justicia sea un derecho que se ejerza en todos los casos. Así, en la Opinión Consultiva OC-11/90, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó el supuesto en el que no se pueda agotar el derecho interno (acceso a la justicia) antes de iniciar el trámite ante la Comisión. Aquí, la CIDH elaboró dos supuestos: el indigente que no pudiera costear un proceso; y, cuando ningún abogado acepte el caso por temor generalizado. A esto, la Corte manifestó: *“El artículo 46.2.a se refiere a aquellas situaciones en las cuales la ley interna de un estado Parte no contempla el debido proceso legal para proteger los derechos violados. El artículo 46.2.b es aplicable en aquellos casos en los cuales sí existen los recursos de la jurisdicción interna pero su acceso se niega al individuo o se le impide agotarlos. Estas disposiciones se aplican, entonces, cuando los recursos internos no pueden ser agotados porque no están disponibles bien por una razón legal o bien por una situación de hecho”* (7). En estos casos, se exceptúa la carga de agotar los recursos jurídicos internos, y se puede acceder directamente ante la Comisión. Con esto se muestra que en la práctica, en algunos casos, el acceso a la justicia no se cumple.

En los párrafos siguientes analizaremos ciertos aspectos de la praxis nacional donde se viola el derecho a la protección judicial. La mayoría están muy institucionalizados, pero para empezar a cambiarlo es necesario reexaminar detenidamente todos los supuestos. Obviamente en este trabajo no pretendemos agotarlos, pero al menos mencionaremos algunos.

1. El problema de la realidad

En nuestro país, hay un acceso “formal” a la justicia, pero la realidad deja mucho que desear. La cantidad de causas entradas por año a un juzgado, por más eficaz que sea, es muchísimo mayor que las salidas. A modo de ejemplo, se puede mencionar que en materia penal, hay un juez por cada 50.000 habitantes en la Capital Federal, y un juez cada 300.000 o 350.000 habitantes en el Gran Buenos Aires (8), que representan las zonas con mayor índice de delitos. Hay causas que pueden tardar una década en resolver-

(7) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-11/90, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, numeral 17.

(8) Datos tomados de GORDILLO, AGUSTÍN, ob. cit., Cap VII. “El deficiente acceso a la justicia y privación de Justicia como violación al sistema de Derechos Humanos”. En este capítulo el autor explica cómo una violación del derecho de acceso a la justicia implica una violación al sistema de derechos humanos.

se, privando efectivamente de justicia al “justiciable”. Es claro que el sistema judicial argentino está colapsado, y solamente reformándolo será posible corregirlo. Y es necesario hacerlo. La gravedad de esta circunstancia es alarmante; la justicia no es tal si es tardía, y en la situación actual ésta es la regla: las mesas de entradas funcionan gracias a “meritorios”, los juzgados están tapados de expedientes, el sistema informático atrasa diez años. El presupuesto sin duda no alcanza. Esto muestra que políticamente no se invierte en justicia, ¿será casualidad? Una solución que es simple y acertada, es la creación de más juzgados, tribunales arbitrales barriales, tribunales de poca monta, de consumo, etc. Pero para esto es necesario comprender la gravedad del problema y tener voluntad de solucionarlo.

La Corte Suprema, en el año 1980 estableció que el artículo 18 de la CN consagra el derecho a obtener una sentencia útil (9). Bidart Campos nos aclara el concepto, diciendo que una sentencia útil es la que resuelve razonable y oportunamente la pretensión articulada en la causa. La eficacia decisoria de los fallos judiciales tiene un doble sentido: por un lado, debe recaer en tiempo oportuno, útil para la índole de la pretensión, después de un proceso de duración razonable conforme también a esa misma índole; y por otro, abordando con motivación y fundamento suficientes en los hechos y en el derecho aplicable, la plenitud de la cuestión planteada (10).

2. Los tribunales administrativos

En las sociedades modernas, con el crecimiento de la administración pública, surgieron los llamados tribunales administrativos. En éstos, el caso es resuelto por un “juez” administrativo en la órbita del Poder Ejecutivo, pero debe dejar una puerta abierta para acceder a la justicia ordinaria. Estos tribunales administrativos son avalados por la CSJN desde el fallo “*Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión*” (11). En este caso resuelto en 1960 —que analizaremos seguidamente— se han dicho cosas muy interesantes.

(9) CS, sentencia del 30/9/1980, “Cinat, Adolfo c. Provincia de Chaco”. ED 91-408.

(10) BIDART CAMPOS, GERMÁN. “Derecho a la jurisdicción, defensa en juicio y posibilidad de obtener una sentencia útil”, como nota al fallo citado en el número anterior. ED 91- 407.

(11) Fallos 237:636.

La Corte estaba formada por los doctores Benjamín Villegas Basavilbaso, Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid, Luis María Boffi Boggero, Julio Oyhanarte, Pedro Aberastury y Ricardo Colombres. Se analizó la validez de las Cámaras paritarias de arrendamiento y aparcerías rurales (administrativa), donde sólo se permitía el acceso a la justicia por medio del Recurso Extraordinario Federal. La Corte entendió que esto resultaba inconstitucional por no otorgar un *control judicial suficiente*. Se aceptó la procedencia de los tribunales administrativos, pero siempre y cuando contasen con un control judicial suficiente.

En el considerando 5, la mayoría estableció:

“que, como punto de partida, es preciso advertir que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio atinente a la división de poderes. Esta típica modalidad del derecho público actual, desde luego, no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del estado. Muy por el contrario, constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al apremioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado; y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es un instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera sólo podrían ser tardía e insuficientemente satisfechos”.

Es decir que mediante esta justificación se admitió la eficacia de los tribunales administrativos. Es de señalar que la jurisdicción administrativa se encuentra bajo la órbita del Poder Ejecutivo, y que el art. 109 de la CN establece expresamente que *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”*. Para sustentar sus dichos, la mayoría se basó en jurisprudencia de los EE.UU., pero no percibió que el país del norte no tiene un artículo concordante en su Constitución. El derecho administrativo estadounidense, como parte del derecho público, es distinto al nacional. Esto lo señaló la disidencia de fundamentos (voto) de los Drs. Boffi Boggero y José Aberastury, quienes, con una claridad destacable, mostraron que los argumentos de la mayoría eran tan sólidos como un flan. Así dijeron:

“5... una cosa es interpretar normativamente de acuerdo al sentido de evolución, traduciendo las nuevas y cambiantes necesidades,

desde que nada contraría más los intereses nacionales que la propia transgresión constitucional. Si la norma fuese inconveniente, si el precepto ya no respondiera a los imperativos de la evolución económica o social, ha de ser el poder constituyente —y no otro— el órgano adecuado para traducir en nuevas normas las mejores soluciones. El Poder Judicial, entre tanto, cuyo organismo supremo es esta Corte, ha de velar por la supremacía de los principios constitucionales, lo que lleva a decidir que el Poder Ejecutivo no puede ejercer funciones que son propias de los jueces...”

Es para destacar que hasta ahora, casi cuarenta años después de este pronunciamiento, el poder constituyente no ha reformado este artículo. Sin embargo, los tribunales administrativos se siguen aceptando.

Lo que decidió la Corte en “Fernández Arias” fue la validez de la justicia administrativa, siempre y cuando se reserve un control judicial suficiente, donde haya amplitud para valuar y realizar la prueba, cosa que el Recurso Extraordinario del art. 14 de la ley 48 no garantiza. Actualmente, las leyes que organizan tribunales administrativos para que resuelvan controversias, en general otorgan un recurso ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, o Cámara Federal de Provincia, sin pasar por un juez de grado, restringiendo de este modo la garantía de la doble instancia ordinaria. En el fallo comentado también se ha dicho:

“9. Puede afirmarse, por tanto, que aun cuando el artículo 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que si impone una instancia judicial al menos...” (el subrayado es nuestro).

Sin embargo —creemos, junto con Couture (12)— que la doble instancia sí es un derecho reconocido constitucionalmente. De manera expresa, en materia penal lo garantiza el art. 8.2.h de la Convención Americana (13). Análogamente, al ser un derecho de mínima, se podría extender a otras ramas de la legislación. El derecho es todo uno, y los distintos fueros simplemente son para ase-

(12) COUTURE, en el prólogo del libro de Costa, Agustín, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Bs. As., 1950. Citado por Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1”, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As. 1997. p. IX-32.

(13) Establece que: “2. Toda persona inculpada de un delito... durante el proceso, tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

gurar especialización en la materia del juez, por lo que las garantías judiciales deberían ser todas iguales para todas las personas, ya sean ante juez penal, civil, laboral, etc. Además la doble instancia asegura la meditación más profunda de la decisión jurisdiccional, y disminuye la posibilidad de arbitrariedades y errores, siendo una garantía del sistema democrático (arg. art. 33 CN). El problema radica en que la Corte no lo aceptará, ya que de ese modo perdería su jurisdicción originaria. Empero, ¿es beneficioso que la Corte mantenga su competencia originaria? Lino E. Palacio (14), como medio de descargar tareas al Tribunal Supremo, propone derogar la competencia originaria, mediante la reforma de la Constitución, claro está. No vemos ningún beneficio en mantener esta histórica competencia, que aumenta de tareas a un tribunal sobrecargado, desvirtúa la naturaleza de casación que tiene la Corte, e impide que se consagre el derecho a la doble instancia para todas las causas.

En conclusión, los tribunales administrativos, por estar dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, no forman parte de la tutela judicial. Se encuentran imposibilitados de declarar la inconstitucionalidad de una norma, y sus jueces no tienen las garantías constitucionales de estabilidad e intangibilidad de remuneración (puede otorgársela una ley o decreto, pero su vigencia sería volátil). Sin estas garantías, es imposible sostener su independencia. Además, algunos de estos tribunales —aquellos que deben resolver conflictos en los que interviene la administración— destruyen las garantías básicas de juez natural e imparcial reconocidas por el debido proceso. Sin duda, una “sentencia” (acto administrativo) de un juez del Poder Ejecutivo no es la garantía reconocida de la tutela judicial. Para que esto se cumpla se debe dejar la posibilidad de una revisión, que no sólo debería ser suficiente, sino libre y plena. Otro vicio en el que infiere el legislador frecuentemente, al organizar juzgados administrativos, es la posibilidad de apelar sólo en relación. Además de perder el “efecto suspensivo” en la mayoría de los casos (tema abordado en el acápite siguiente), el recurso se otorga en relación. Esto significa que la prueba producida en la instancia administrativa se mantiene firme. Se podría volver a producir en la Cámara en casos de excepción (arbitrariedad), lo que imposibilita un real y completo acceso a la justicia. Más allá de la arbitrariedad en la producción, por ejemplo, la prueba pudo no haberse considerado conducente; o incluso tener la imposibilidad de pedir expedientes judiciales *ad effectum videndi et probandi*, por no contar el

(14) PALACIO, LINO ENRIQUE, “Experiencia del denominado certiorari argentino”, en LL, 1995-E-1056.

oficio con la firma de un juez, lo que produce una real violación al sistema de acceso a la justicia. Todo esto, dejando de lado la expresa y no derogada veda constitucional al respecto (art. 109 CN). Asimismo, si tenemos en cuenta que “*el Poder ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales...*”, concluimos que la instancia administrativa y la judicial son dos procesos totalmente separados. El procedimiento administrativo no forma parte del judicial, por lo que se otorga no es un recurso, sino una acción directa (ya sea ante la primera instancia o la segunda), y que la ley, impropriamente lo denomina “recurso”, pero no lo es. En la órbita judicial se debe poder replantear libremente todo el asunto, sin restricciones.

Un punto que no queremos dejar de analizar es el requisito del “agotamiento de la instancia administrativa”. La ley 19.549, de procedimientos administrativos, dispone en su art. 23 para los actos de alcance particular, y el 24 para los de alcance general, que previo a la impugnación judicial, debió “haberse agotado las instancias administrativas”. La *ratio legis* del instituto comentado es posibilitar a la administración reparar su error. Sin embargo, si el administrado lo prefiere, debe poder recurrir a la tutela judicial sin esperar que luego de un sinuoso procedimiento, varias veces recursivo (hay que agotar la instancia, es decir, interponer todos los recursos existentes), la administración confirme o modifique su acto. Sin embargo, los recursos en instancia administrativa a veces le convienen al administrado, ya que si ataca el acto por cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, sólo ella lo podrá rever, siendo ajeno a la órbita judicial. El requisito del agotamiento de la instancia administrativa, en cuanto impide el ejercicio pleno del derecho a la protección judicial, resulta inconstitucional. Una práctica común, anterior a la reforma del '94 era rechazar *in limine* el recurso de amparo por “no haber agotado la instancia administrativa”, como lo exigía el art. 2.º de la ley 16.986. Este artículo quedó derogado tácitamente con la inclusión del art. 43 en la CN, por lo que el agotamiento de la instancia administrativa no puede ser un impedimento para acceder a la tutela judicial.

3. El solve et repete

Otro problema que dificulta la tutela judicial, lo constituye el llamado principio “*solve et repete*”. Este principio tuvo su origen en la República romana, cuando por un edicto pretoriano se le otorgó a los contribuyentes el carácter de parte actora facultándolos así a perseguir la declaración de ilegitimidad de la “*pignorís causa*”, quedando invertido el procedimiento clásico. Nuestro país lo recogió de la doctrina continental, jurisprudencialmente primero y legislativamente con la ley 11.683 y la 17.498.

Según este principio, las sentencias administrativas que condenaren al pago de tributos e intereses sólo serán apelables con efecto devolutivo. Esto hace que la administración exija el pago del tributo, incluso mediante ejecución fiscal, antes que el contribuyente discuta su procedencia: “pague y repita”. En este caso la traba al acceso a la justicia es evidente: un contribuyente que no puede hacer frente a la intimación judicial del tributo (la boleta de deuda es título ejecutivo) debe ir a la quiebra, sin acceder a la tutela judicial. Actualmente, con la incorporación de la Convención Americana al sistema normativo (ley 23.054), y luego de la reforma del '94 que le dio jerarquía constitucional, la discusión sobre su constitucionalidad volvió a surgir. El solve et repete no permite el acceso efectivo a la justicia del art. 8 de la CADH; y viola también el derecho a la igualdad (art. 16 CN, art. 24 CADH (15)) ya que hay un trato distinto frente a la persona —tanto física como jurídica— que pueda efectuar el pago y la que no. La primera podrá defenderse en juicio; la segunda, no.

La Corte Suprema, en un importante fallo del año 1989, “*Microómnibus Barrancas de Belgrano s/impugnación*” (16), estableció que el *solve et repete* no rige en caso “*que su pago fuera imposible atento lo excesivo del monto del depósito, de modo tal que se impida real y efectivamente el derecho a acceder a la tutela jurisdiccional*”, lo que no se produjo en el antecedente. De igual modo consideramos que, aunque la ejecución no sea excesiva, el solve et repete viola un derecho humano supremo, y no debe ser aplicado en ningún caso. La violación de un derecho no es una cuestión cuantitativa sino cualitativa, y la justicia debe tutelar tanto por un agravio “grande” como por uno “chico”. Si el contribuyente tiene algún reparo frente a la liquidación administrativa del tributo, debe poder hacer valer su derecho frente a un tribunal imparcial. En caso de no tener razón, deberá pagar los intereses correspondientes; o a lo sumo podría implementarse un sistema de garantías reales como sucede en México y Alemania. Es decir, la multa o intereses se aplica una vez discutido el asunto judicialmente, no antes.

Además, es lo que garantiza el principio de inocencia del art. 18 CN. Conforme la ley penal tributaria, la evasión es un delito penal, y no se puede invertir la carga de la prueba. Se es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Es decir, que la administración debe

(15) Art. 24 de la CADH: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”(el subrayado es nuestro).

(16) Fallos 312:2490, ED 137-914.

demostrar que el contribuyente no ingresó el tributo, produciendo prueba al respecto. Esto, más allá que se haya iniciado el proceso penal o no, ya que el expediente administrativo hará plena fe en el posterior juicio penal.

4. Prisión preventiva y clausura

Dos supuestos similares al *solve et repete* se dan en el caso de la prisión preventiva y la clausura. En cuanto esta última, la ley 11.683 (t.o. 1998, con la reforma de la ley 24.765) establece que su determinación por la autoridad administrativa será recurrible en todos los casos con efecto devolutivo ante los Juzgados en lo Penal Económico o Juzgado Federal de provincia (art. 78). La Corte Suprema, en el reciente fallo “*Lapiduz, Enrique c. DGI s/amparo*” (17) estableció que la sanción de clausura es de carácter penal, y que en el procedimiento administrativo previo a su determinación “*no cabe hablar de juicio*” que exige el art. 18 de la CN, “*si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente; ni de ‘juicio previo’ si esta instancia no ha concluido, y la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma*”. Así tenemos que la tutela judicial en el ámbito penal, es inalienable. Esto es coherente con el art. 8 de la CADH.

Un caso parecido, pero con matices propios, es la prisión preventiva. En la actualidad, el 70 por ciento de los detenidos, está sin condena firme. Si bien la prisión preventiva es dictada por un juez competente, impide el acceso útil a la justicia. La Constitución Nacional establece el principio de inocencia en el art. 18, y se encuentra en todos los tratados sobre derechos humanos a los que remite el art. 75 inc. 22: “Nadie puede ser penado sin juicio previo”. Sin embargo, la práctica habitual hace que la prisión preventiva, en vez de ser una medida de excepción, sea la regla. Esto se debe a la deficiente organización de la justicia penal. Un juez cada 350.000 habitantes, sin duda es muy poco; sin entrar en detalle que esos mismos 350.000 habitantes tienen un solo defensor oficial. Los detenidos, sin dinero para pagarse un abogado, dependen del defensor oficial a quien con suerte ven dos veces en todo el proceso. No por ineficiencia del defensor oficial, sino que el problema es estructural. Así, sin defensa, se ven condenados irremediablemente a la prisión preventiva. Esto llevó a Zaffaroni a decir que la prisión preventiva es una pena “por las dudas” (18), que luego de la

(17) CS, 28/4/98. ED diario del 17/6/98.

(18) Conclusiones a las terceras jornadas sobre “Derecho Penal, la incidencia de la pobreza en el delito”, UBA, 9/5/97.

sentencia absolutoria —si no prescribió la acción— queda sin causa. Sin embargo, el detenido inocente estuvo los dos, tres o cinco años preso. Además, no correspondería la reparación por error judicial del art. 10 de la CADH (19), ya que no hubo sentencia firme. ¿Tutela judicial?

El art. 7.5 de la CADH establece que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez ... y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe su proceso...”. La ley 24.390, reglamentaria de esta garantía constitucional, establece que *“la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación correspondiente para su debido contralor”* (art. 1). Es decir que la prisión preventiva no puede extenderse más allá de los dos años. A lo sumo un año más, por resolución fundada con comunicación al superior. Conforme a la ley, *“el imputado recuperará la libertad bajo la caución que el tribunal determine”* (art. 4). Vencidos los dos años, se dejará en libertad al procesado que pueda aportar una caución, el que no pueda, seguirá detenido. En este caso, por cada día de prisión preventiva contará dos de prisión o uno de reclusión (art. 7) (y no para todos los delitos). La ley considera que dos años es un plazo razonable de detención preventiva, vencido este se dejará en libertad al detenido siempre que pueda aportar una caución. Si no pudiere se le reducirá la pena si fuese impuesta como prisión, o no se reducirá nada si fuese condenado a reclusión (que aún se mantenga la distinción entre estas dos penas iguales, es llamativo). Si bien no hay sentencia firme que de lugar a la indemnización por error del art. 10 de la CADH, la extensión más allá de dos años de la prisión preventiva es un ejercicio irregular de la función judicial. Por esto, elastizando la interpretación del error judicial (20), la indemnización por daños sería viable.

Actualmente no se pena el delito, sino que se pena el ser pobre; y no se lo sanciona mediante sentencia firme, sino mediante

(19) Art. 10 de la CADH: *“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”*.

(20) BIDART CAMPOS, GERMÁN. “Una posible y audaz elastización del error judicial”. ED 143-563; GHERSI, C., “Responsabilidad del estado por actos ilícitos jurisdiccionales”, JA 1994-I-296.

prisión preventiva. Es una situación, a puertas del siglo XXI, insostenible.

5. El “certiorari”

Por último, para cerrar este análisis sobre el estado actual del derecho a la protección judicial, no podemos dejar de mencionar al certiorari.

El “certiorari” es un instituto consagrado inicialmente de manera pretoriana por la Corte Suprema, y luego reconocido por la ley 23.774, la cual —además de aumentar a nueve el número de ministros del Tribunal— introdujo la reforma en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN ley 22.434) de los artículos 280 y 285. Así, el párr. 2° del nuevo art. 280 dice lo siguiente: *“La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”*. Asimismo el art. 285 *in fine*: *“Si la queja fuere por denegación de recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recuso en los supuestos y forma previstos en el art. 280, párr. 2°”*. Este instituto, fue tomado del *writ of certiorari* del derecho estadounidense, usado en ese país para seleccionar las causas a resolver. Luego de analizarlo suficientemente, concluimos que el certiorari no es inconstitucional, y es una buena medida para restringir el ingreso de causas al Tribunal Supremo; para que éste se pueda dedicar sólo a los casos con trascendencia. Sin embargo sí consideramos contrario a la constitución la facultad de no fundar su decisorio, sin mencionar ni siquiera si se lo está rechazando por falta de agravio federal suficiente, o por insustanciación, o por carencia de trascendencia. El art. 1 de la Constitución establece la forma republicana de gobierno. Esto implica que los actos de gobierno deben ser públicos y fundados. La posibilidad de rechazar un recurso sin mencionar por qué lo hace, por más que sea el ejercicio de su sana crítica, resulta palmariamente inconstitucional. De este modo, el rechazo de un recurso extraordinario sin explicar el porqué, está privando de justicia al justiciable, contra lo que dispone el derecho a la tutela judicial.

IV. El Amparo

Es el medio específico de la protección judicial. Mucho se ha dicho sobre él y mucho más se dirá. Es materia para un trabajo completo, sin embargo, en sucinto modo, analizaremos algunos puntos salientes de este medio de protección judicial.

1. Fuente constitucional

El amparo es un proceso constitucional, que surge de la necesidad de tutelar de manera efectiva los derechos humanos y sociales reconocidos en las constituciones y tratados internacionales. Es un recurso constitucional porque constituye un instrumento procesal diseñado para garantizar la supremacía constitucional y proteger de manera sencilla, rápida y eficaz los derechos del hombre consagrados en las cartas fundamentales y en las convenciones internacionales (21). El artículo 43 de la CN introducido por la reforma de 1994, establece que

“Art. 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

De este modo se cumple lo comprometido internacionalmente, concordando con lo que establecen los Tratados internacionales de Derechos Humanos: así la Convención Americana de Derechos Humanos establece un mecanismo similar en el art. 25 (agrega que el recurso será “*sencillo*”); al igual que el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“*tendrá derecho a un recurso efectivo*”); el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos (“*un procedimiento sencillo y breve*”); y el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“*podrá interponer un recurso efectivo*”); todos con jerarquía constitucional, conforme con el art. 75 inc. 22 de la CN.

De este complejo sistema normativo que el constituyente nos llama a armonizar, tenemos que la acción de amparo es *rápida*,

(21) El amparo como proceso constitucional es analizado por MARÍA MERCEDES SERRA, en “*Rechazo in limine en el amparo*” en “El amparo constitucional, perspectivas y modalidades”, ob. cit.

expedita, sencilla y eficaz. Estas son las características del recurso que establece la Constitución. Otra característica que se contraponga con las taxativamente enumeradas anteriormente será carente de validez por ir contra la norma fundamental del sistema positivo nacional. Así, antes de la reforma constitucional que dispuso la actual estructura del amparo, se ha dicho que el amparo es un procedimiento subsidiario y excepcional. De este modo, si existiera cualquier vía judicial alternativa (así fuere el Recurso Extraordinario por denegación de justicia —procedente en los casos donde no hay vía—) no procedería el amparo. Esto estuvo plasmado en el art. 2 de la ley de facto 16.986 (tácitamente derogado).

La creación pretoriana del instituto por nuestra Corte Suprema de Justicia (casos Siri, Kot) fue prominente, pero luego la ley vino a restringir el ámbito de aplicación, apretando un poco más los requisitos, llegando al extremo en el que cada amparo admitido debía serlo *contra legem*. Finalmente, fue el constituyente de 1994 el que le dio un nuevo giro al instituto estableciendo el art. 43 citado *ut supra*. Así superó las discusiones doctrinarias acerca de los requisitos para la procedencia del amparo y estableció que el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se basa el acto u omisión lesiva.

El requisito del medio judicial más idóneo, tiene que ser analizado teniendo en miras los fines del instituto. Así se estará frente a un medio judicial más idóneo, siempre y cuando proteja los derechos lesionados de manera más *expedita, rápida, sencilla y eficaz*. Es el caso del hábeas corpus frente a la lesión, restricción, alteración o amenaza de la libertad física. En este caso, el amparo no es el medio judicial más idóneo, ya que el hábeas corpus y su reglamentación son el medio de protección específico para dicha situación. Asimismo, el amparo no procedería en el caso donde sea más idóneo algún interdicto que pueda el juez dictar más expeditamente que el amparo; o en el caso en que algún código de procedimiento determine la existencia de un recurso más eficaz para el caso concreto. Concordantemente, Gordillo (22) nos enseña que dado que la vía ordinaria no es ab initio más breve ni más sencilla que la del amparo, entendemos que este requisito de que no haya otra vía más idónea solamente puede permitir distinguir entre el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo ambiental, algunos interdictos y juicios sumarios o sumarísimos, pero nunca el juicio ordinario como acción inicial y primera. La mayor o menor idonei-

(22) GORDILLO AGUSTÍN, "Un día en la Justicia: los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional", pub. en el Suplemento Especial 60º Aniversario de La Ley, 15/11/95, pág. 59.

dad de una vía judicial para ser preferida a otra como primer acceso a la justicia ha de estar dada en el momento inicial por su mayor o menor brevedad, sencillez y eficacia para la tutela de los derechos constitucionales afectados. Esto no es materia de interpretación: es lo que surge explícitamente de los textos supranacionales al exigir la existencia de tal vía a favor del individuo

La mera existencia de otra vía judicial, ya sea ordinaria o sumaria, o incluso un recurso administrativo previo, no pueden ser óbices para que no proceda un amparo. En un sistema completo como el nuestro, siempre existe una vía para acceder a la justicia. De no estar reglada, lo es el Recurso Extraordinario Federal, como bien la propia Corte Suprema se ha ocupado de delinear. Así, si se determinase que la mera existencia de otra vía procesal que el actor pudiera elegir, es un obstáculo a la procedencia del amparo, simplemente estaríamos convirtiendo en letra muerta a la Constitución misma y a la voluntad del constituyente.

Creemos que el art. 43 derogó tácitamente los artículos 1 y 2 de la ley de facto 16.986, y lo que sobrevive, lo hace en función de organizar formalmente el recurso. Por esto mantenemos que el amparo es un proceso de fuente constitucional.

2. Legitimación amplia

Si bien el juez en el examen de admisibilidad debe tener más cuidado que frente una acción ordinaria, hay que mantener la legitimación amplia en el instituto. El párrafo segundo se refiere a los derechos de incidencia colectiva o de tercera generación, y cuando entre los legitimados se incluye al “afectado”, simplemente se está extendiendo la legitimación considerablemente, ya que justamente estos derechos afectan de alguna manera a casi todos los individuos. Así, cualquier persona que viva en la Capital Federal o en la zona Sur del Gran Buenos Aires, podría interponer un amparo porque se está contaminando el Riachuelo por ejemplo, lo que está muy bien. El constituyente quiso que no se rechace la acción por falta de legitimación, por lo que la amplió lo suficiente para que esto no suceda. Rechazar un amparo que quiera proteger un derecho de los mencionados en el párrafo segundo del art. 43 por falta de legitimación, es casi imposible, según se desprende del texto. Sin embargo, nuestra actual CSJN, en autos “Prodelco c. PEN s/amparo” (23), donde se cuestionaba la validez del decreto 92/97 sobre el rebalanceo telefónico, dijo que:

(23) CS, 7/5/98. ED, diario del 18/6/98.

“25. Que no basta para superar estas exigencias derivadas de nuestra estructura institucional, la invocación de los intereses generales que plantean la asociación de consumidores y la señora diputada nacional como sustento de su legitimación para demandar: En efecto, el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto y omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Pero de esa ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal no se sigue la aptitud para demandar sin que exista cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, hipótesis que en el sub lite no se verifica. De otro modo, admitir la legitimación de un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares.”

Es decir: aunque la acción estaba intentada por una asociación de consumidores y de una diputada nacional, se resolvió que no estaban legitimados para hacerlo. Esto llevó a Quiroga Lavie, comentando el fallo, a decir que “el derecho público en nuestro país no ha nacido, pues da lo mismo respetar el debido proceso que no hacerlo” (24).

La legitimación de las asociaciones de consumidores se otorgará siempre y cuando “propendan a esos fines” y “estén registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Como nos enseñó aquella Corte Suprema del caso “Siri” (25), la Constitución tiene fuerza normativa propia, y es norma obligatoria aun sin ley reglamentaria. Es decir, que si la ley a la que hace referencia el art. 43 no es dictada, las asociaciones “que propendan esos fines” están igualmente legitimadas para accionar.

3. La defensa de los derechos colectivos

Si bien nuestra CSJN pareciera reacia a aceptar la vigencia de los derechos de tercera generación (terminología que resulta por

(24) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO. “*Réquiem al amparo colectivo*”, a propósito de los tres fallos que han venido a convalidar la validez del decreto 92/97. Diario LL, 25/6/98.

(25) CS, Fallos 239:459, LL, 89-531, JA, 1958-II-476.

demás impropia), la verdad es que la constitución no deja demasiado margen. El amparo colectivo existe, nació pretorianamente con “Ekmekdjian c. Sofovich” (26) y la reforma del 94 lo plasmó en el nuevo art. 43. Los derechos colectivos, o de clase, están en la Constitución que tiene fuerza normativa y se debe aplicar con, sin o contra ley. Se debe comenzar a hacer valer este derecho tan importante, y poco a poco se debe tender a la reparación integral por un daño de tercera generación. Así se podrá comenzar a reclamar daños porque una fábrica contamina, o porque el cigarrillo produce cáncer, etc. Creemos que todavía no estamos preparados para esto, pero con la práctica en este tipo de casos y la doctrina favorable, en poco tiempo lo podremos lograr. Está en la Constitución, es norma suprema vigente, y se debe cumplir.

V. Protección Interamericana

El derecho a la protección judicial está también contemplado en el ámbito interamericano. El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional le da jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos que fue incorporada por la ley 23.054. Sin entrar en la discusión sobre su supraconstitucionalidad o no (27), al ratificarla los estados se comprometieron a respetar y garantizar el ejercicio de los derechos en ella establecidos (28). En la obligación de garantizar está comprendido el deber de brindar a los individuos bajo su jurisdicción los medios judiciales accesibles, rápidos y efectivos para proteger sus derechos, los cuales deben sustanciarse conforme las reglas del debido proceso legal (29). La Corte Interamericana, interpretando el art. 25 de la CADH, ha dicho que “...para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurri-

(26) LL, 1992-C-543.

(27) Es la típica discusión entre monistas y dualistas que se da en el plano del derecho internacional. Nuestra postura (concordante con la de Gordillo) es que prevalece el Tratado sobre la Constitución.

(28) Art. 1. “*Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de...*”.

(29) KAWABATA, ALEJANDRO J., “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos”; en “La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales”. M. Abregú, C. Courtis compiladores. CELS, 1997.

do en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado de la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.” (30). La denegación de justicia se produce en los casos citados y también es una violación a la CADH. Así, si un estado no cumple con su obligación de impartir justicia a través del funcionamiento cabal de sus órganos jurisdiccionales, se configurará una violación, no vinculada al delito o conflicto irresuelto, sino a que el estado no garantice al justiciable su derecho a reclamar justicia.

En la Convención Americana se tutela ampliamente el derecho a la protección judicial, y es derecho supremo en nuestro país. Incluso, cualquier supuesto donde se lesione este derecho puede dar causa a una sanción internacional al estado. Es imperante que el acceso a la justicia pronta y eficaz, sea ejercido en toda su extensión tanto en la vía ordinaria, con las garantías del debido proceso, como en el amparo, mediante su admisibilidad amplia. Es fundamental para la vida en sociedad, está en la Constitución y debe cumplirse. Esto es posible, y debemos exigirlo.

(30) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, numeral 24.